

意思の実現についての考察

大久保輝

- 一 はじめに
- 二 法典調査会での議論
- 三 意思の実現の法的性質
- 四 民法（債権法）改正における議論
- 五 錯誤との関係
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

1 申込みと承諾による契約の成立

契約が成立するためには、相対立する数個の意思表示が合致することが必要である⁽¹⁾。契約は、普通は申込みの意思表示と承諾の意思表示によって成立するが⁽²⁾、このことは、2020年4月1日施行予定の改正民法の522条で、「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（以下「申込み」という。）に対して相手方が承諾をしたときに成立する」と規定して明文化された。

これまで筆者は、申込みの意思表示と承諾の意思表示とによる契約の成立時期について検討してきたところである⁽³⁾。また、意思表示の効力発生時期についても検討をしてきている⁽⁴⁾。

改正民法は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、

同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われる^{〔5〕}とする法務大臣諮問に基づき法制審議会（債権関係）部会にて議論が行われ、第189回国会中の2015年3月31日に法案が提出され、2017年5月26日に成立した（平成29年法律第44号）。改正民法については様々な批判がなされているところであり^{〔6〕}、筆者も民法改正については、もう少し議論を重ね、是々非々で対応すべきであったとしたところではあるが^{〔7〕}、契約の成立時期につき発信主義をとる現行民法526条1項が改正民法で削除された点については評価をしておきたい。

2 意思の実現による契約の成立

契約の成立に関する条文は、改正民法により、軒並み大幅に変更されている。しかしながら、意思の実現による契約の成立に関する条文は、現行民法と改正民法とで文言の変更がない。現行民法526条2項も、改正民法527条も、「申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する」として、意思の実現による契約の成立を認めている。

意思の実現により契約が成立する例としては、被申込者が契約の履行に着手した時や、商品または代金を申込者に発送した時、契約の目的物の製造に着手した時に、承諾の意思表示があるとされる^{〔8〕}。そのほか、申込みとともに送付された品物を処分することなどの、契約によって取得する権利の実行行為や、ホテルが注文に応じて特定の部屋をリザーブして掃除することなどの、契約によって負担する債務の履行準備行為も、一般に承諾の意思表示と認めるべき事実となるとされる^{〔9〕}。

3 本稿の目的

なるほど、これらの例を示されれば、意思の実現により契約の成立を認

めるのが結論として妥当であろう。そのためか、契約が承諾の意思表示を発信したときに成立することを定めた現行民法526条1項を巡って様々な議論がなされてきたのとは対照的に、意思の実現による契約の成立についての議論は少ないように思われる⁽¹⁰⁾。

もちろん、民法施行以降、ほとんど問題が生じなかったため、ほとんど議論が起きなかったといえばそのとおりであろう。それでも、意思の実現による契約の成立についての問題を少しでも見ておくことは、それなりの意味があろう。本稿は、現行民法526条2項・改正民法527条に関連する若干の問題を考察し、解釈・適用の留意点を示そうとするものである。

二 法典調査会での議論

1 梅謙次郎による条文案および提案理由

現行民法起草の際、現行民法526条に相当する条文案は、法典調査会にて梅謙次郎により次のように提案されている。

「第五二三条 隔地者間ニ為ス契約ハ承諾ノ通知ヲ発シタル時ニ成立ス
申込者ノ意思又ハ取引上ノ慣習カ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テ
ハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事実アリタル時ニ成立ス」⁽¹¹⁾

そして、現行民法526条2項に相当する条文案523条2項の提案理由として、梅謙次郎は次のように説明している。

「慣習上又ハ当事者ノ意思ヲ以テ態々承諾状ヲ発セヌテモ宜シイ場合或物ヲ
注文スル場合ニ於テ態々承諾シタト云フコトヲ言ハヌテモ其荷物ヲ送り出
セハ夫レテ契約ハ成立スル、或物ヲ製造スルコトヲ注文シタ場合ニ於テハ
其製造ニ着手スレハ夫レテ契約ハ成立スル或ハ又相当ノ期間黙ツテ居レハ
夫レテ当然承諾シタモノト見ルト云フコトカ慣習ニ於テ又ハ当事者カラ特
ニ意思ヲ表示シテヤルコトカアルテアラウ、テ然ウ云ウ場合ニ於テハ即チ
承諾ノ通知ヲ発シタトキテハナイ今申シタヤウナ事実ノアツタトキニ成立
スルモノト見ルト云フコト」⁽¹²⁾

なお、梅謙次郎により提案された条文案523条等に対して、富井政章は、修正案を提出しているが⁽¹³⁾、これらは発信主義と受信主義（到達主義）をめぐる議論に基づいた条文案523条1項を中心とする修正案であり、現行民法526条2項に相当する条文案523条2項の修正案ではない⁽¹⁴⁾。梅謙次郎から提案された条文案523条1項については、法典調査会においても梅謙次郎と富井政章との激しい議論がされているが、条文案523条2項については、特に富井政章からも意見が出されていない。

2 土方寧の質問

もっとも、条文案523条2項については、土方寧から梅謙次郎に対して、酒問屋が注文に応じて酒を船で送るつもりで荷造りしたような場合に、別段に承諾の通知をする必要があるのか等の質問がなされている⁽¹⁵⁾。また、土方寧は、富井政章に対しても、条文案523条2項は修正せずそのまま残してよいのかという質問がなされている⁽¹⁶⁾。これに対して、富井政章は、土方寧の示した例のみならず、承諾者が黙っていたような場合にも、この規定の適用があるようにした旨回答をしている⁽¹⁷⁾。

ただし、条文案523条1項の発信主義と受信主義（到達主義）をめぐる議論に呑まれるような形で、条文案523条2項の回答は不十分なまま終わっている。

この土方寧の疑問はもっともなところがある。すなわち、通常、契約は申込みの意思表示と承諾の意思表示により成立するが、意思の実現の場合、承諾の意思表示の到達・了どころか発信すらされていないからである。梅謙次郎は、発信主義の条文案523条1項を提案する一方、富井政章は、受信主義（到達主義）に基づく修正案を出していた。とすれば、そもそも承諾の意思表示の発信すらない場合についての条文案523条2項についても、富井政章が修正案を出す予測するのが素直なところであろう。

3 梅謙次郎と富井政章の結論一致について

条文案523条1項について対立している梅謙次郎と富井政章であるが、このように条文案523条2項について富井政章は修正案を出さず、結論として梅謙次郎と一致している。なぜそうなるのであろうか。

梅謙次郎は、条文案523条の理由につき、迅速な取引を強調している⁽¹⁸⁾。すなわち、早い時期に契約を成立させて当事者に履行をさせるべきであるということになる。条文案523条1項が契約の成立時期を承諾の意思表示を発信したときとしたことについても、また、条文案523条2項が意思の実現による契約の成立について定めていることについても、共通する理由となる。

一方、富井政章は、条文案523条1項などにつき修正案を提出した理由は、合意がいつ成立するかが問題であり、ただ承諾の通知を発しただけでは申込人と同じ意思が並び立っているだけで、意思が表し合ったのではないからだという⁽¹⁹⁾。例えば、承諾の通知が申込人に到達する前にその取消しが達すればその取消しの効力があるとするのが相当であり、承諾状の発信で効力を生ずるとするのは申込人に不利益であるとする⁽²⁰⁾。このように、富井政章は、契約の成立に意思の合致、合意が必要であることは、法典調査会の議論においてあちこちで強調している⁽²¹⁾。条文案523条2項の場合は、意思の合致、合意があるといえるし、申込人に不利益とはいえないから、条文案523条2項に修正案を出さなかったのであろう。なお、現行民法施行後、富井政章は、明示の意思表示と黙示の意思表示との間に効力上の差はないとしているが⁽²²⁾、その理由は、契約の成立に意思の合致すなわち合意が必要であることであろう。

一見不思議に思えるのであるが、その結論に至る過程は、梅謙次郎と富井政章とは異なるようである。

三 意思の実現の法的性質

ところで、冒頭で述べたとおり、契約が成立するためには、相対立する数個の意思表示が合致することが必要であるが、意思の実現による場合、そもそも承諾の「意思表示」ではなく承諾の意思表示と認めるべき「事実」で契約の成立を認めることになる。とすれば、そもそも意思の実現の事実は意思表示なのか、さらにいえば契約（法律行為）なのかということが問題となりうる。

これに関して、まず、意思表示には表示意思が必要であり、意思の表現を意思表示と意思の実現とに区別し、両者ともに法律行為とし、法律行為は必ずしも意思表示を必要としないとする説がある⁽²³⁾。次に、意思表示を意思の表徴と意思の実現とに区別する説がある⁽²⁴⁾。

意思の表徴という言葉はわかりにくい。一方、意思表示は、動機、効果意思、表示意思、表示行為という過程を経るとされ⁽²⁵⁾、このうち動機は意思表示の効力に影響を与えないとされる⁽²⁶⁾。確かに、このような意思表示の過程の理解については、表示意思の欠けた場合を特に問題にする必要はないという考えや⁽²⁷⁾、錯誤論⁽²⁸⁾との関係で問題もなくはない。しかし、意思の実現が、表示のない意思が法律行為とされ法律効果を発生させる場合と考えれば、意思表示の形成過程の伝統的理解とも整合性がとれるであろう。したがって、あえて意思の表徴という用語を用いる必要はないものとする。

四 民法（債権法）改正における議論

1 民法（債権法）改正検討委員会

民法（債権法）改正検討委員会においては、現行民法526条について、次のような試案が提案されている。

〔(隔地者間の契約の成立時期)

< 1 > 隔地者間の契約は、承諾が申込者に到達した時に成立する。

< 2 > 申込者の意思表示または取引上の慣習により、承諾の意思表示が申込者に到達することを必要としない場合、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。

< 3 > 前項の場合において、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に申込みの相手方に承諾の意思がなかったときについては、錯誤の規定を準用する。〕⁽²⁹⁾

この試案< 2 >の提案趣旨は、次のようにいう。

「意思実現行為による契約の成立については、現民法526条2項の考え方を維持する(本提案< 2 >)。もっとも、意思実現行為による契約の成立を認めることの意義は、現行法と若干異なる。というのは、現民法526条では、承諾につき発信主義を採用しているため、承諾の意思表示とみとめるべき事実があった時に、その事実により承諾がなされたと解釈して契約の成立を認めることができる。これに対して、承諾につき到達主義を採用する本提案では、意思実現行為による承諾は、単に、承諾の意思表示と認めるべき事実の発生により承諾の意思表示があったと解するだけでなく、承諾の意思表示が申込者に到達しないにもかかわらず、契約の成立を肯定することを認めるという意味を持つ。〕⁽³⁰⁾

また、試案< 3 >の提案趣旨は、次のようにいう。

「意思実現行為による承諾も、申込者に到達することは不要であるにせよ、承諾である以上、承諾の意思をもって行われることが必要である。したがって、承諾の意思なくして意思実現行為を行った場合、錯誤の規定を準用するものとする(本提案< 3 >)。〕⁽³¹⁾

ここで特筆すべきことは、試案< 3 >が、承諾の意思なく意思実現行為を行った場合に錯誤の規定を準用するものとしていることである。

2 法制審議会民法(債権関係)部会

上記の民法(債権法)改正検討委員会の試案は、法制審議会民法(債権関係)部会第9回会議で、現行民法526条1項改正の関連論点として、次

のように紹介されている。

「民法第526条第2項（意思実現行為による契約の成立）の見直し

仮に、承諾についても到達主義を採用することとして民法第526条第1項の見直しをする場合には、同条第2項における意思実現行為による契約の成立の規定についても併せて見直す必要があるかどうかが問題となり得る。

この点については、承諾について到達主義を採用することを提案した上で、意思実現行為による契約の成立については民法第526条第2項の規律を維持すべきであるという考え方が提示されている。意思実現行為によって契約が成立する場面では、申込者に対する承諾の意思表示の到達に相当するような事実を要せず、その限りでは到達主義に対する例外的な規律を維持するという考え方である。

このような考え方について、どのように考えるか。

また、このほかにも、意思実現行為による契約の成立も、「承諾の通知を必要としない」（民法第526条第2項）だけであって、承諾の意思をもって行われることが必要であるとして、意思実現行為の時に承諾の意思がなかった場合について錯誤の規定を準用すべきであるという提案もされている。」⁽³²⁾

しかし、民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理においては、錯誤の規定を準用する提案など、現行民法526条を改正する内容は盛り込まれておらず⁽³³⁾、その後の民法（債権関係）の改正に関する中間試案や、民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案、民法（債権関係）の改正に関する要綱案にも盛り込まれていない。

3 改正民法

結局、意思の実現による契約の成立に関する改正民法527条は、現行民法526条2項と文言を同じくすることになり、実質的な改正は行われなかった。

ただし、現行民法においては526条2項であったのが、改正民法では527条に移されている。法務大臣諮問では、「一般国民に分かりやすいものとする」⁽³⁴⁾としているにもかかわらず、この条文番号の変更は、むしろわか

りにくいものになっている⁽³⁵⁾。

五 錯誤との関係

意思の実現による契約の成立と関連する論点については、別の機会に論じたい。ここでは、前述の民法（債権法）改正検討委員会の試案で、承諾の意思なく意思実現行為を行った場合に錯誤の規定を準用する旨の提案がなされていたことに関連して、錯誤との関係をみていくことにする。

冒頭で述べたとおり、契約が成立するには、相対立する数個の意思表示が合致することが必要である⁽³⁶⁾。意思の実現が、意思表示であるか、それとも意思表示によらずに契約が成立する場合なのかについて争いがあることは既に述べたが、いずれにしても、意思の実現は、契約の成立に関する問題である。

これに対して、錯誤は、契約の有効・無効に関する問題である。現行民法95条本文では、錯誤の効果は無効とされる。改正民法95条では、錯誤の効果は取消しができるものとされている。

契約の成立・不成立の問題と契約の有効・無効の問題との間には大きな違いがないとも考えられなくはない。現行民法95条が錯誤を無効原因としていることは、さほど大きな問題にならないともいえよう。しかしながら、改正民法95条は錯誤を取消し原因としているのである。すなわち、取り消されるまでは契約は一応有効であり、取り消されてから契約当初に遡って無効扱いとなるのである（民法121条）。改正民法95条が錯誤を無効原因から取消し原因にしたことは、契約の成立・不成立の問題と契約の有効・無効の問題とが異なる問題であることを図らずも明らかにしたのである。

この点で、意思の実現による契約の成立に関して、実質的な改正がなされなかったことは、賢明なことであったと考える。

六 むすびにかえて

結局、現行民法526条2項・改正民法527条が意思の実現による契約の成立を認めている妥当性は、梅謙次郎が考えるような取引の迅速もあるが、やはり富井政章が考えるように、契約当事者の意思によるのが大きいのである。契約は守られなければならないとする原則の前提としての意思主義からして、意思に基づかない契約は、不成立あるいは無効とならなければならない。

幸い、例えば高度成長時代に議論された事実的契約関係論は、現在においてはほとんど議論されなくなっている⁽³⁷⁾。

それでも、いわゆる架空請求詐欺や送りつけ商法などの場合のように、契約の意思がない者に現行民法526条2項・改正民法527条が使われることのないようにしなければならない。これまであまり研究されてこなかった意思の実現による契約の成立についての研究を、筆者は今後も続けていきたいと思う。

注

- (1) 我妻栄『民法講義 V1 債権各論上巻』(1954年) 54頁。
- (2) 我妻・前掲註(1) 56頁。
- (3) 大久保輝「高度情報化社会の契約関係」日本大学大学院法学研究年報28号(1998年) 337頁、大久保・「契約の競争締結」日本大学大学院法学研究年報31号(2001年) 255頁261頁、大久保・「契約の成立時期に関する一考察」中央学院大学法学論叢23巻第1号(2010年) 28頁、大久保・「意思表示の効力発生時期」中央学院大学法学論叢25巻第1・2号(2012年) 95頁。
- (4) 大久保・「民法97条1項について」中央学院大学法学論叢29巻2号(2016年) 107頁、大久保・「民法改正法案97条2項について」中央学院大学法学論叢30巻2号(2017年) 95頁。
- (5) 法制審議会平成21年10月28日法務大臣諮問第88号。
- (6) 鈴木仁『民法改正の真実』(2013年)、加賀山茂『民法改正案の評価』(2015年)、加藤雅信『迫りつつある債権法改正』(2015年)など。

- (7) 大久保・前掲註(4)「民法改正法案97条2項について」101頁。
- (8) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編(33版)』(1912年)394頁。
- (9) 我妻・前掲註(1)71頁。
- (10) たとえば、遠田新一「§526 隔地者間の契約の成立時期」谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)(増補版)』(2006年)494頁、滝沢昌彦「意思実現をめぐる」一橋大学研究年報法学研究35号(2001年)49頁、滝沢・「意思実現再論」一橋論叢128巻1号(2002年)15頁、滝沢・『契約成立プロセスの研究』(2003年)103頁。
- (11) 法務図書館(法務大臣官房司法法制調査部)『法務図書館史料 九 法典調査会民法議事速記録 九』(1981年)143頁。
- (12) 法務図書館・前掲註(11)152頁。
- (13) 法務図書館・前掲註(11)147頁以下。
- (14) 大久保・前掲註(3)「契約の成立時期に関する一考察」33頁参照)
- (15) 法務図書館・前掲註(11)152頁。
- (16) 法務図書館・前掲註(11)153頁。
- (17) 法務図書館・前掲註(11)161頁。
- (18) 法務図書館・前掲註(11)144頁以下。
- (19) 法務図書館・前掲註(11)148頁。
- (20) 法務図書館・前掲註(11)149頁。
- (21) 法務図書館・前掲註(11)161頁、164頁など。
- (22) 富井政章『民法原論第1巻(17版)』(1922年)453頁。
- (23) 岡松参太郎『法律行為論(3版)』(1922年)200頁。
- (24) 安田幹太「債権契約と意思の表示(二)」法曹会雑誌12巻9号(1934年)45頁。
- (25) 岡松・前掲註(23)101頁。
- (26) 岡松・前掲註(23)102頁。
- (27) 我妻栄『新訂民法総則』(1965年)242頁。
- (28) 小林一俊『錯誤法の研究(増補版)』(1997年)など。
- (29) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般(1)』(2009年)73頁。
- (30) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲註(29)74頁。
- (31) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲註(29)前掲74頁。
- (32) 法制審議会民法(債権関係)部会部会資料11-2。
- (33) 民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明196頁参照。

- (34) 法制審議会平成21年10月28日法務大臣諮問第88号。
- (35) 加賀山・前掲註（6）69頁。
- (36) 我妻・前掲註（1）54頁。
- (37) 事実的契約関係論に関して一番新しい著作は、須永醇『意思能力と行為能力』（2010年）19頁であろうか。もっとも、初出は須永「いわゆる事実的契約関係と行為能力」熊本法学創刊号（1964年）である。また、「事実的契約関係という概念で一括し、何か共通の問題性を認めようとすることは、理論的にも実践的にも有益な結果をもたらさない」（須永『意思能力と行為能力』52頁）としているとおり、事実的契約関係論に否定的である。